An p'legata ueniant in fideicomisso



POR D. PEDRO LADRON DE GUEVARA, vezino de la ciudad de Granada.

(*) EN EL PLEYTO (*)

CON DON PEDRO DE CORDOVA y Valencia, vezino de la dicha ciudad, y con el Dean y Cabildo de la Santa Iglesia della, que ha salido a la causa, siguiendo su derecho.

En Granada: En la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez. En la placeta de Sant Gil. Año de 159[illegible].


L hecho constante deste negocio es, que en quatro de Enero de 1598. años, entre doña Beatriz de Gueuara, viuda de Diego de Xerez, escriuano de Camara de esta Real Chancilleria, y doña Isabel de Xerez su hija, se otorga escritura de transacion y particion a los bienes del dicho Diego de Xerez. Y de treze mil ducados que importó el cuerpo de bienes, se adjudican a la hija 8U500. y lo demas que son 4U500. ducados se adjudica a la madre, por su dote, y mitad de multiplicado en ciertos bienes, en que se comprehende la casa sobre que se litiga. Y tambien fueron parte de paga desta adjudicacion vnos 500. ducados, que quedó a cargo de la hija satisfazerlos con plazo de cinco años a Beltran y Iñigo de Gueuara sus tios hermanos de su madre de orden, y por cuenta de lo que la dicha su madre huuo de auer.

2 ¶ Esta adjudicacion de la D. Beatriz fue con calidad, q el vsufruto quedasse como quedó, para su hija por los dias de su vida, cõ carga de alimentar a su madre mientras viuiesse, y ambas las dichas adjudicaciones fueron con condicion que cada vna de las otorgantes madre y hija pudiessen testar y disponer libremente de los bienes adjudicados a fauor de quien quisiessen, sin tener necessidad de instituyr la vna a la otra, para lo qual se dan reciprocamente licencia, y jurada de testar.

3 ¶ Esto supuesto, muere la doña Beatriz en onze de Setiembre del año proximo siguiente de 1599. como consta de certificacion de su entierro, que está presentada, y por su muerte otorga su testamento en treynta de Agosto de el dicho año de 1599. que fue algunos diez, ó onze dias antes de su fallecimiento. Y al principio

pio pone algunas clausulas tocantes a su entierro, funeral, y Missas, y algunas mandas cortas a pobres, y Hospitales, y para su cumplimiento manda, que doña Isabel su hija entregue a los albaceas 250. ducados, y si algo sobrare, lo distribuyan en lo que mas les parezca ser del servicio de Dios nuestro Señor.

4 ¶ Y como quiera que la dicha doña Beatriz, segun pretension desta parte, no tuuiesse otros bienes de que testar, salvo los dichos 4U500. ducados, de que bajadas la vna partida de los dichos 250 del cumplimiento de su alma, y la otra de los 500. que su hija auia de dar dentro de los dichos cinco años, por la dicha escritura de transació a Beltran y Iñigo de Gueuara sus hermanos, tan solamente restauan, y quedauan 3U750. ducados, de que la dicha doña Beatriz pudiesse disponer.

5 ¶ Comiença lo principal y gruesso de la disposicion de su testamento, haziendo larga relacion del tenor de la escritura de particion, y transacion, especificando los bienes que se le adjudicaron, y la forma en que se le dió satisfacion, y de como el vsufruto quedó para su hija, con calidad de que luego que muriesse su madre auia de dar 250. ducados para cumplimiento de su alma. Y auiendo mandado se dén con efecto a sus albaceas, y auiendo nombrado albaceas, passa a la primera clausula de lo principal de su disposicion, que dize assi.

6 ¶ *Item, por quanto en la dicha particion fue concierto, e conueniencia, entre la dicha doña Isabel de Xerez mi hija, y yo, que cada vna de nosotras pudiesse testar de todos sus bienes, como le pareciesse, y para ello nos dimos licencia, e facultad en forma, la vna a la otra, y la otra a la otra, e vsando della en aquella via y forma que mejor huuiere lugar de derecho, otorgo, e conozco, que el remaniente que quedare de todos mis bienes derechos, y acciones, dexo, e instituyo por mis legitimos, e vniversales herederos de los 3U*

750.

750. ducados que me quedan, e pertenecen, conforme a la dicha particion, a el Capitan Francisco de Gueuara, Beltran de Gueuara, Iñigo de Gueuara, doña Iuliana de Gueuara, doña Catalina de Gueuara mis hermanos legitimos, en las contias, y en la forma, y manera siguiente.

7 ¶ *Primeramente mando a las dichas doña Iuliana, y doña Catalina de Gueuara mis hermanas la dicha casa que yo truxe en dote, y se me adjudicò en la dicha particion en mil ducados, con vna haza que assimesmo truxe en dote, junto al lugar de Maracena, con cargo de vn censo perpetuo de quatro ducados en cada vn año, que sobre la dicha haza se pagan. Y quiero, y es mi voluntad, que por el amor que les tengo, y muchas, y buenas obras que dellas he recebido, e porque son mugeres, ayan para si desde luego la dicha casa en possession y propriedad, e gozen de la renta della desde principio deste año de quinientos y nouenta y nueue, e de alli adelante, perpetuamente, como cosa suya propria; y desde el dicho dia paguen el dicho censo, e desde luego les doy y otorgo poder cumplido, para que para ellas mismas, y como en su fecho y causa propria puedan tomar, e aprehender la tenencia, e possession de la dicha casa, e hazer, y disponer della a su voluntad.*

8 ¶ Luego por otra clausula manda a dichas sus hermanas vna esclaua, y por otra les dexa tambien los muebles que quedaren al tiempo que muriere doña Isabel de Xerez su hija, có cargo, que aya de pagar a Beltran de Gueuara su hermano trecientos ducados, y si acaso las dichas sus hermanas murieren antes que la dicha doña Isabel, manda el dicho mueble al dicho Beltran de Gueuara, para que sea vsufructuario dello, y despues de sus dias lo manda a sus hijos, si los tuuiere, y si no a los hijos, ó nietos de Francisco de Gueuara su hermano, y a este Francisco de Gueuara le manda tambien quinientos ducados.

9 ¶ Despues dize por otra clausula: *Item, mando a Iñigo de gueuara a 750. ducados, de los 2U que me cupieron por la particion entre mi, y la*

dicha mi hija, en la heredad del pago de Almajaya, de mas de los otros 250. ducados que vá cobrando al presente de la dicha mi hijo, conforme a la dicha particion, que todo lo que ha de auer de mis bienes son dos mil ducados, co los quales acabo de disponer de todos 4U500 ducados que por la dicha particion se me adjudicaron; los quales 1750. ducados ha de cobrar despues de los dias de la dicha mi hija, si fuere viuo, y si no sus hijos, e descendientes.

10 ¶ Luego se sigue la vltima clausula, que es la que dá motiuo al pleyto, que dize assi.

11 ¶ Item quiero, y es mi voluntad, que los dichos Francisco de gueuara, e Iñigo de Gueuara, e doña Iuliana de Gueuara, e doña Catalina de Gueuara, mis hermanas, ayan y cobren dichas mandas y herencia que assi les mando por este mi testamento, segun que en el se contiene: y si otros bienes, derechos, y acciones me pertenecieren, demas de los bienes que he declarado en las dichas clausulas, los ayan, e partan los dichos mis hermanos, por iguales partes, tanto el vno como el otro, y el otro como el otro; con tal condicion, e grauamen, que si los dichos mis hermanos, ó hermanas, ò qualquiera dellos murieren, e dexaren hijos, ò nietos legitimos, sucedan en los dichos bienes los dichos sus hijos, ò nietos y si alguno muriere sin dexar hijos, ò nietos, la parte que al tal perteneciere, ó huuiere heredado de mi en la forma dicha, buelva a los dichos mis hermanos que fueren viuos, ò a los hijos, ò nietos que huuieren dexado, lleuando mis hermanos viuos vna parte; la que les perteneciere, y los dichos hijos, ò nietos de los que huuieren muerto, la parte que auia de auer su padre, ó abuelo: e si los que huuieren de heredar la parte de alguno de mis hermanos difunto, despues de muerto el dicho mi hermano sucediere en la herencia, e fueren todos nietos, hereden todos igualmente por cabeça suya, sin tener respeto a representar cabeça de sus padres, si no que siendo todos nietos partan igualmente, y auiendo hijos, ó nietos del tal mi hermano, los hijos, cada vno herede su parte, al respeto de los hijos que del tal mi hermano huuieren

quedado,

quedado, e dichos nietos representen la cabeça del padre conforme a derecho.

12 ¶ Y esta sucession se entienda, que ha de durar, y se ha de guardar en la forma dicha, hasta los nietos de los dichos mis hermanos, y auiendo sucedido en ellos las dichas mandas, y herencias, sean señores de ellas en possession y propriedad, e para disponer dellas a su voluntad, sin mas obligacion, a sucession, ni restitucion, con que no puedan suceder, ni sucedan en las dichas mandas, ni parte dellas, en ningun tiempo sus mugeres de los dichos mis hermanos, ni maridos de las dichas mis hermanas, si los tuuieren, aunque sea por muerte de hijos suyos, porque los tales bienes del que assi muriere de qualquiera de mis hermanos, sin dexar hijos, ò nietos suyos, han de bolver a los hermanos que tuuiere, e a falta dellos a los demas mis hermanos, ò hijos, ó nietos suyos, e con que ninguno de dichos mis hermanos no tenga obligacion a dar fianças para la restitucion de los dichos bienes, contenidos, e declarados en este mi testamento, mas de que ellos, e sus bienes estèn obligados a ello, segun dicho es.

13 ¶ Succedieron en esta casa y tierras doña Iuliana, y doña Isabel, murió esta, dexando por su heredera a doña Iuliana, la qual por el año de 1612. haziendo relacion de como a ella y su hermana les auia dexado esta casa la dicha doña Beatriz, se la vende al Licenciado Benito Ramirez, Racionero de la Santa Iglesia de esta ciudad, por precio de nouecientos ducados; los 180. que paga de contado, los setecientos y veynte restantes encargandose de dos censos de la misma cantidad, que la vendedora declara auer impuesto sobre ellas, y por libre de otro censo, vinculo, ni grauamen.

14 ¶ Despues por muerte del dicho Racionero Benito Ramirez, sus albaceas, ó el Dean, y Cabildo de esta Santa Iglesia, como patron de las memorias que instituyô el dicho Licenciado Benito Ramirez su Racionero, venden esta casa al Licenciado don Iuan de Cordoua y

Va-

Valencia, Abogado que fue en esta Corte, y por su muerte sucedió en ella don Pedro de Cordoua y Valencia su hijo.

15 ¶ A este se le puso demanda por el dicho don Pedro Ladron de Gueuara, en que pretende que como á nieto legitimo de Iñigo de Gueuara hermano de la testadora le pertenece esta casa por via de fideicomisso, por auer muerto sin sucesion las dichas doña Ysabel, y doña Iuliana.

16 ¶ Don Pedro de Cordoua se defiende con su titulo de venta, y con el que tuuo el Racionero Benito Ramirez de la dicha doña Iuliana, y sale coadjuuando su derecho el Dean, y Cabildo, como obligado á la euiccion.

17 ¶ Ex quibus, parece, que la dificultad de este pleyto corresponde a la question que mueuen los Doctores en la interpretacion de la l. Marcelus 3. §. quidam liberis, ff. ad Trebel. videlicet: *Vtrum institutis pluribus heredibus, & datis eis prælegatis, si postea tales hæredes grabentur honore fideicommissi, veniant, vel non in fideicommisso, nō solum hæreditas, seu bona hæreditaria, sed etiam prælegata?*

18 ¶ La glosa in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, verbo, *hæreditariam*, mueue esta question, y la resuelve con algunas distinciones y subdistinciones, por estas palabras: *Aut primo rogauit, & postea prælegauit, & tunc non continentur prælegata in fideicommisso, vt supra ad l. falc. l. Titia, aut è contra, & tunc aut dixit hæreditariam, scilicet, portionem, & non veniūt; aut simpliciter portionē, & tunc veniunt, vt hic, & infra eod. l. in fideicōmissariam, §. fin. aut dixit, quidquid ad te peruenerit, & tunc veniūt, vt C. de fideicommissis, l. cum virum, vbi de hoc dixi.*

19 ¶ Deste texto y glosa Magistral, como de fuente, toman luz los interpretes antiguos, y modernos, para explayarse mas en sus discursos, y porque de su inteligencia y aplicaciō ha de depender la justicia de don Pedro Ladron

de

de Gueuara, a quien defiendo, y el discernir en la materia, lo indubitable y textual, de lo opinable yremos entendiendo por partes esta glosa.

20 ¶ Lo primero dize, que si despues del grauamen de fideicomisso se ponen los prelegados, no se comprehenden los tales prelegados en el fideicomisso, ex dict. l. Titia 85. ff. ad l. falc. donde Bartulo saca por sumario, *prælegata non veniunt in fideicommisso, quando quis primo rogat secundó prælegat.* Y por estar fuera destos terminos el caso de nuestro pleyto, passaremos a lo q̄ mas importa, que es el segundo miembro de la question, videlicét, quid iuris sit, quando primero a los herederos instituydos se dexan los prelegados, y despues se sigue el grauamen de fideicomisso, vt in nostro casu, en q̄ primero por clausula separada se dexa el prelegado desta casa, y los demas prelegados, y despues se pone la clausula de fideicomisso.

21 ¶ Quo in articulo sic supra proposito, quando, videlicét, primo testator prælegat, & secundo grauat, prosigue lo final de la glos. in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, verbo, *hæreditariam*, ff. ad Trebel. distinguiendo:

22 ¶ Que si el testador en el grauamé de fideicomisso, dixesse que sus herederos restituyan su porcion hereditaria, no vẽdrian los prelegados en la restitucion, si no solo la herencia; porque sin embargo, que la palabra, *porcion*, vt sic simpliciter sumpta, es apta a comprehender assi herencia como prelegados; todauia como el grauamen no fue simpliciter de portione restituenda; sed reduplicatiuê de portione hæreditaria, & in hereditate non cõprehẽdantur legata, ad textum in l. si Titius 94. de legat. 3 ibi: *Non debere restituere, quia appellatione hæreditatis, neque legata, neque fideicommissa continentur*; inde est, que en tal caso no se comprehendan los prelegados en el grauamen de fideicomisso, si no tan solamente la herencia, y bienes hereditarios.

Pero

23 ¶ Pero quando sin reduplicar la calidad de hereditaria, vsa simpliciter el testador de la palabra, *restituat portionem*, como quiera que esta palabra, porcion simpliciter sumpta, es apta, tam ad prælegata, quam ad hereditatem, vienen sin duda en el grauamen de fideicomisso, no solo la herencia, si no tambien los prelegados.

24 ¶ Todo este discurso de los dos numeros antecedentes, lo prueua formalmente el texto in dict. l. Marcelus, § quidam liberis, ff. ad Trebel. ibi: *Rogauit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere, Imperator noster rescripsit, præceptiones quoque fideicomisso contineri, quia non portionem hæreditariam testator commemorabit, sed simpliciter portionem, in portione autem, & præceptiones videri cecidisse.*

25 ¶ Iuncta glos. ibid. in principio, ibi: *Quia testator nõ dixit de portione hereditaria restituenda, sed simpliciter nominauit portionem, in portione autem, ita indefinite prolata, veniunt etiam prælegata.*

26 ¶ Et ve textualem sequuntur, & illustrant hanc propositionem, & distinctionem, præter ordinarios ibidem, Alexand. in l. ita tamẽ, § qui suspectam, in principio, ff. eod. Corneus in l. cum virum, num. 14. vers. *Et prædicta*, C. de fideicommis. Zanch. in l. hæredes mei, §. cum ita in 5. part. num. 29. ff. eod. tit. D. Padilla in dict. l. cum virum, C. de fideicommis. num. 21. Anton. Gomez 1. tom. variar. cap. 5. num. 18. Angulo de meliorat. in l. 1. glos. 1. num. 17. Fusar. de substitutionib. quæst. 650. á num. 62. cum seqq. Peregr. de fideicommis. art. 7. nu. 34. Menoch. lib. 4. presumpt. 194. num. 3. Anton. Faber in suo C. Fabriano lib. 6. tit. 27. definit. 28. & lib. 6. coniect. cap. 4. Fachineus lib. 5. controuers. cap. 16. Zephal. consil. 634. num. 28. Intrigl. de substit. Centur. 3. quæst. 74. num. 132. Nicol. Vigelius in method. tom. 3. part. 4. digestorum, lib. 34. cap. 3. regul. 3. Donel. commentar. lib. 7. cap. 25.

vers. *Prælegatam interdum*, vbi Oßuald. litt. F. & G. Dom. D. Iuannes de Larrea decis. 40. nu. 47. Boerio decis. 280. num. 8.

27 ¶ Otra regla textual se saca de las palabras finales de la glos. in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, verbo, *hæreditariam*, y es que quando el testador vsa de palabras vniuersales, como son, *quidquid ad te peruenerit restituas*, aunque sea reduplicando, *quidquid ex hæreditate ad te peruenerit*, se comprehenden no solo los bienes hereditarios, sino tambien los prelegados, l. cum virum, C. de fideicommis. ibi: *Hæres rogatus fuerit, quidquid ex hæreditate ad eum peruenerit, post mortem restituere, animaduertimus etiam præceptionis compendium, testatoris verbis comprehensum esse.*

28 ¶ Vbi notandum illud verbum, *ex hæreditate*, que sin embargo de ser limitada ad hæreditaria bona, & per se exclusiua de los prelegados, vt supra num. 24. & 25. adhuc lo vniuersal de la palabra, *quidquid*, obra que indistintamente se comprehenda lo vno, y lo otro; ex ratione tradita à D. Padilla in dict. l. cum virum, num. 5. in fin. C. de fideicommis. D. Larrea dict. decis. 4. num. 47. & à Peregrin. de fideicommis. art. 7. num. 54. Costa in capas. pater, verbo, *peruenit*, 3. part. num. 28.

29 ¶ Ex quibus vt nuda veritas repetitis principijs, pro comperto existimamus, estar comprehendidos en nuestro caso los prelegados, & consequenter la casa sobre que se litiga, en el grauamen de fideicommisso.

30 ¶ Para lo qual se ha de notar lo primero, que sin embargo de que la testadora antes de la clausula de fideicomisso auia dexado los dichos prelegados por clausulas distintas, y separadas, todauia quando llega à la dicha clausula de fideicomisso, pone y repite como en epilogo, por prefacion y proemio della los dichos prelegados, vt supr. num. 11. lo qual se tiene en derecho por causa final de la disposicion que se

C sigue

sigue, vt ex l. fin.ff.de hæred.instit. resolvunt D. Molin. qui plura iura cumulat, lib. 1. de primog. cap. 5. num. 3. & 4. Robles de repræsent. lib. 2. cap. 3. num. 5. & latissime D. D. Ioannes del Castillo lib. 4. controuers. cap. 47. per tot. præcipuè, á num. 17. Fusar. de substitutionib. quest. 384. num. 5.

31 ¶ Vnde supuesto que los dichos prelegados auian quedado perfectos por clausulas antecedentes, en tal manera que ni para mas claridad, vt in l. 1. §. sciendum, ff de ædilitio edicto, ibi: *Ne aliqua dubitatio super esset*, ni para mas perfeccion tenia que añadir, ni quitar, si el intento de la testadora fuesse de que permaneciessen con la calidad de libres que primero les auia dado ex ratione textus in l. talis scriptura, de legat. 1. ibi: *Quia hoc legatum in se, & initium, & finem habet.*

32 ¶ Consequens est, que la repeticiō destos prelegados, se hizo en orden, y a fin de q̄ la clausula de fideicomissos por cuyo proemio se pusieron, los comprehendia, & vnico intuitu, quedasse todo grauado, vt vel sic, la disposicion se conuierta con su principio generico, y comprehensiuo de todo, l. regula, ff de iuris, & facti ignorantia, ibi: *Nam & initium constitutionis generale est*, por quanto la regla es, que todo lo que contiene el proemio, se entiende repetido, y incluso en la disposicion, tamquam terminus referens, & relatum, l. item quia, §. vltim. ff de pact. l. Titia 134. § cideria respondit el 1. ff de verbor. oblig. D. Molin. vbi supr. num. 4. & 5. & latissimé cum magna Doctorum, iurium, & rationum cumulatione Dom. Castillo, dict. lib. 4. controuers. cap. 47. num. 10. & per tot. Ioannes Gutierr. lib. 1. practic. quæst. 89. num. 3.

33 ¶ Et alias sera este hecho de boluer a repetir los dichos prelegados, y ponerlos por cabeça y proemio del fideicomisso, no le diessemos esta operacion, y efeto, de que quedassen

com-

comprehendidos en el, seria vn pleonasmo irreparable la dicha repeticion, y contendria vicio notorio de superfluydad, por no poder tener otro fin, ni sentido, quod non est admitẽdum, imò semper est fienda interpretatio verborum cum effectu operatiuo, l. si quando, de legat. 1. ibi: *Alioqui frustra legaturus*, l. 3. ff. de iur. iur ibi: *Nec frustra adiicitur*. Pereg. de fideicommiss. art 32. num. 13. & 2107. num. 17. & 45. Mantic. de coniect. lib. 3. tit. 6. num. 20. Rolando à Valle consil. 61. à num. 4. volum. 3.

34 ¶ Maxime quando las palabras de la clausula deste fideicomisso, con que la testadora comiença grauando, son genericas, y cōprehensiuas, assi de los bienes hereditarios si los huuiesse, como de los prelegados; y que se conuierten con el proemio general de ellos, porque despues de auer puesto por principio de la oracion, y de la clausula los dichos prelegados, y dispuesto, que si otros bienes derechos, y acciones le perteneciessen demas de los que dexaua declarados, los ayan y partan sus hermanos, por iguales partes dize formalmente, que esto sea, *con tal condicion, y grauamen, que si los dichos mis hermanos, o hermanas, ò qualquiera dellos murieren, y dexaren hijos, ò nietos legitimos, sucedan en los dichos bienes los dichos sus hijos, ò nietos.*

35 ¶ Vbi notandum illud verbum, *en los dichos bienes*, que es la primera palabra presta a la condicion y grauamen, sin dezir hereditarios, & tamen, esta palabra *bienes*, simpliciter sumpta, como quiera que sea generica, y comprehensiua de todo genero de bienes, quier prouengan por titulo de herencia, quier de prelegado, ò en otra forma, vt est notissimi iuris, & probat text. in l. nam quod 14. §. non omnis in fin. iuncta l. sequenti, ff. ad Trebell. ibi: *Si quis bona rogatus sit restituere, vel familiam, vel pecuniam, vel vniuersam rem, vel omnia sua.* Donde el texto identifica todas estas palabras, vt notat in indiuiduo Peregrinus

grinus de fideicommis. art. 7. num. 28. ibi: *Et in proposito hæc apari, procedere constat bona, res, patrimonium, substantia*, l. nam quod, §. fin. ff. ad Trebel. & melius, num. 57. donde lo funda concludenter Ruinus consil. 120. num. 8. & 10. volum. 3. Anton. Faber. in C. Fabriano lib. 6. tit. 27 de finit. 28. num. 10. Mantic. de coniect. lib. 7. tit. 7. n. 3. circa finem.

36 ¶ Inde est, que los Doctores equiparan la palabra, *bienes*, puesta en la clausula de fideicomisso, a la palabra, *porcion*, de qua in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel. resolviendo, que es lo mesmo dezir, *restituat bona*, que si dixera, *restituat portionem*, vt notabit Bart. in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, num. 12. in fin. ibi: *Si veró dixit, bona mea restituat, puto idem esse, ac si dixisset portionem*, Dom. Padilla in dict. l. cum virum, C. de fideicommis. nu. 42. ibi: *Quod si dixerit testator, bona mea perveniant in Gaium, idẽ est ac si dixisset portionem, quam Titio reliqui perveniat ad Gaium*, quo casu loquitur textus in dict. §. quidam liberis, y en quanto a esto dize el señor Padilla vbi proxime dict. num. 42. que nadie se ha apartado del sentir de Bartulo, ibi: *A quo nemo in hoc desciuit*, Corneus in dict. l. cum virum, col. 3. quem ad hoc retulit Ruynus consil. 120. num. 9. & 10. volum. 3. Peregr. de fideicommis. art. 7. num. 57.

37 ¶ Y assi la consequencia que deste principio resulta, es textual, y no sujeta a controversia, ni opinion, y se saca formalmente de expressas palabras del texto in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, ibi: *Imperator noster rescripsit, præceptiones, quoque in fidei commisso cótineri, quia non portionem hæreditariam, testator commemorauit, sed simpliciter portionem, in portione autem, & præceptiones videri cecidisse.*

38 ¶ De que se convence no ser de fundamento el sentir que contra lo formal deste texto tienen algunos Autores que cita Vincencio

Fusatio dict. quæst. 65 à num. 93. en terminos de esta palabra; *sucedan en mis bienes*; y en esta confor midad el mismo Fusario en el mismo num. 93. vers. *Contrarium tamen*, resuelve y funda lo contrario, afirmando, que sub prædictis verbis, se comprehenden los prelegados, y cita para ello a Bartulo, Cumano, Peregrino, y otros, y se remite a lo que antes dexa resuelto en el num. 81. & 82. donde tambien cita a Peregrino, Decio, Ruino, Zancho, Deciano, Baldo, y otros, con cuya resolucion dize dict. num. 82. que se conforma ibi: *Cum quibus & ego transeo, &c.* idem etiam resolvit Menoch. consil. 83. num. 13. & 14. Alex. in dict. l. Marcelus, §. quidam liberis, n. 6.

39 ¶ Prætereà no solo vsó simpliciter la testadora de la palabra, *bienes*, si nó tambien del relatiuo, *en los dichos bienes*, y los nombrados arriba en la misma clausula, fueron no solo los derechos y acciones, si no tambien los prelegados, que auiendolos dexado antes perfectos los buelve a repetir en ella; y la diccion in dictis, seu prædictis bonis, obra repeticion de todos los bienes que antes se huuiessen expressado, Pereg. de fideicommiss. art. 34. num. 46. ibi: *Item considera quam dictiones illas, in dictis bonis, seu prædictis bonis, operari repetitionem omnium bonorum supra expressorum*, Menoch. lib. 4. presumpt. 62. num. 14. & consil. 376. num. 28. Bald. consil. 44. num. 18. lib. 2.

40 ¶ Y aunque despues de auer llamado la testadora a los hijos, y nietos de sus hermanos, sub prædictis verbis; *sucedan en los dichos bienes*, prosigue a otras palabras que denotan herencia, ibi: *Y si alguno muriere sin dexar hijos, ò nietos, buelva la parte que al tal pertenèciere, ò huuiere heredado, a los hermanos que fueren vivos.* Y luego en el discurso de la oracion, y forma que và dando a los llamamientos, vsa repetidamente de la palabra *heredar, hereden, herencia*.

41 ¶ Con que se nos podrà oponer, que

que aqui no estamos en terminos que el grauamen de fideicomisso se pusiesse solo con esta palabra *bienes*, ò *porcion*, simpliciter sumpta, si no en caso de porcion hereditaria, juntando ambos estremos, ó modos de hablar de la clausula, & consequenter que antes en fauor del Cabildo de la Santa Iglesia assiste la regla de la l. Marcelus, §. quidam liberis, para que en el fideicomisso, no se comprehendan los prelegados, vt supra numer. 22.

42 ¶ Se satisfaze diziendo, que aliud est dicere, portionem hereditariam, calificando desde luego à que lo generico de la palabra, *porcion*, se restrinja y coarte a lo hereditario, & aliud dexar al principio la palabra *porcion*, ó la palabra, *bienes*, en su total generico significado, y que despues prosiguiendo en el discurso, vse el testador de alguna palabra que diga orden a herencia, porque esto no es modificar ni coartar el genero; si no solo expresar vna de las especies en el comprehendidas, lo qual, per se patet, que no puede induzir derogacion de la otra especie, ó estremo de prelegados, que en si incluye la palabra, *bienes*, que es el genero.

43 ¶ Ad textum in dict. l. cum virum C. de fideicommiss. ibi: *Quidquid ex hæreditate ad eum peruenerit*: en cuyos terminos, aunque se vsa de la palabra *ex hæreditate*, no por esso queda modificado, ni coartado lo vniuersal, ó generico de bienes que en si comprehende la palabra, *quid quid*, para que sean solo hereditarios los de el fideicomisso, antes la decision expressa del texto es comprehenderse tambien los prelegados, ibi: *Animaduertimus etiam præceptionis compendium, testatoris verbis comprehensum esse.*

44 ¶ Demas que la testadora en el discurso de la clausula, vnas vezes llama herencia a esta sucession, y otras vezes la buelve a llamar bienes, ibi: *No tengan obligacion a dar fianças*

para la restitucion de dichos bienes, si no que ellos y sus bienes queden obligados a ello, y otras vezes vsa de la palabra, *mandas*, que no puede tener otra significacion, que los prelegados, ibi: *No puedan suceder, ni sucedan en las dichas mandas, ni parte dellas sus mugeres, &c.* De cuya especial ponderacion tratáremos despues en su lugar, aunque tampoco se podrâ pretender de contrario que con la expression de vna de las especies, ô estremo de bienes, se entiendan exceptuados los otros, ad tradita per Peregr. de fideicommiss. dict. art. 7. num. 32. ex l. cum prætor, ff. de iudicijs, supuesto que aqui con claridad lo expecifica todo.

45 ¶ Et pro nunc in comperto est, q̃ este vso promiscuo, denota vniuersalidad de bienes, imó esta palabra, *bienes*, aunque en si comprehenda igualmente la vna, y otra especie dellos, adhùc, como quiera que con mas propriedad, respiciat ad corpora & res, con mas razon prevaleceràn en su significacion los prelegados, que por si respiciunt etiam ad corpora, & res, que no la herencia, *cum hæreditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum habeat*, l. hæreditas 53. ff. de petitione hæreditatis, vt in terminis loquitur Peregr. de fideicommiss. d. art. 7. num. 53. Paul. de Castr. in l. nam quod, 6. fin. ff. ad Trebel.

46 ¶ A que se llega, que en la dicha clausula junta tambien la testadora con la copulatiua, *ET*, las mandas, y herencia deste fideicomisso, ibi: *Y auiendo sucedido en ellos las dichas mandas y herencia, &c.* Y en estos terminos, no digo yo vsando de la palabra, *mandas*, que constituye el negocio en claro, e indubitable, supuesto que el verbo, *mandas*, est idem quod legatum, l. legatũ 119. de legat. 1. l. legatum 37. de legat. 2. pero aun poniendose la copulatiua, *ET*, en diferẽtes terminos, vt si dixisses, *restituat bona, & hæreditatem*, quedan comprehendidos los prelegados en la restitucion, Peregr. de fideicommiss. art. 7. num. 35. Fusar. de substit. dict. quæst. 650. num. 81. ibi:

Declaratur sexto, non habere locum quando testator iussit, rest. cui bona, & hæreditatem, tunc enim venirent prælegata in fideicommissi restitutione. En cuya cõprouacion, demas de lo concluyente de sus fundamentos, cita muchos Doctores, y los sigue, y queda expressamente con esta resolucion, ibi: *Cum quibus, & ego transeo, &c.*

47 ¶ Præterea ex supra dictis à nu. 30. cum seqq. resulta tambien no auer fundamento legitimo para que el grauamen de fideicomisso se quiera referir solamente a las palabras de la dicha clausula, ibi: *Y si otros bienes, derechos, y acciones me pertenecieren, los ayan y partan los dichos mis hermanos por iguales partes, &c.*

48 ¶ Porque sin embargo que el fideicomisso en la dicha clausula se sigue a las palabras referidas, ibi: *Con tal condicion y grauamen, &c.* para lo qual se podra ponderar la opinion de algunos Doctores que lleuan, que haziendose la institucion de herederos sub adversatiua *in alijs autem bonis*, y siguiendose despues el fideicomisso, se ha de referir el grauamen solamente a las palabras *in alijs autem bonis* de la institució, & sic solo a los que se comprehendieren en ella, y no a los prelegados, ad text. in l. pater filium, §. quin decim, ff. de legat. 3. ex pluribus quos refert Mantica de coniecturis lib. 7. tit. 7. num. 7. Fusario de substit. dict. quæst 650. num. 23. Peregrino de fideicommissis, dict. art. 7. à num. 44 argum. text. in l. itẽ quod Sabinus, §. sed si à se, ff. de hæred. instit. & l. cęterorum, ff. de verbor. significat. vbi per dictionem, *in cæteris*, cẽsentur exclusa anteriora.

49 ¶ Toda via, etiam per se sumpta, esta proposicion tiene muchos contradictores, que resueluen, que etiã data in institutione, illa adversatiua in alijs autem bonis, abraza el fideicomisso posterior, no solo los otros bienes della, si no tambien los prelegados anteriores.

50 ¶ Refert vltra 30 Doctores pro

hac contraria sententia Fusar. dict. quæst. 650. num. 18. & sequitur hanc sententiam refutata prima, Mantica de coniecturis, dict. lib. 7. tit. 7. num. 7. circa finem, Zanch. in l. hæredes mei, §. cum ita, 5. part. num. 16. ff ad Trebel. Simon de Prætis de interpretatione vltimar. volunt. lib. 3. interpretation. 1. dub 1. solut. 1. num. 3 vbi relatis contrarijs tenet hanc partem Boerius decis. 280 num. 4. Oldrald. cons. 158. in fin. Hōded. cons. 71. num. 44. lib. 1. vbi dicit hanc esse veram & communem opinionem, & in iudicando sequendam, Menoch. lib. 4. præsumpt. 194. num. 6. vbi inquit hanc esse receptam sententiā Caualcano decis. 14. num. 22. par. 3. Intrigliol. de substit. centur. 3. quæst. 74. num. 134. Alexand. cons. 25. num. 11. lib. 1.

51 ¶ Et vltra prędicta, quidquid sit de hac opinionum varietate, no procede esta question, ni prejudica la resolucion controria en el caso y termino de este pleyto.

52 ¶ Porque en nuestro caso los prelegados no se dexaron por titulo particular de legado, si no expressamente por titulo vniuersal de institucion de herederos; vt per clausulam vbi supra num. 6. ibi: *Otorgo, e conozco, que en el remaniente que quedare y fincare de mis bienes, derechos, y acciones, dexo, e instituyo por mis legitimos, e vniuersales herederos de los dichos 31/750. ducados a los dichos mis hermanos, en las contias, y en la forma y manera siguiente*, con las quales palabras continua la testadora a hazer los dichos prelegados; y repartir entre sus hermanos los bienes que tenia.

53 ¶ Et tamen la opinion que en la question referida afirma, que hecha la institució per adversatiua verba, *in alijs autem bonis*, se aya de referir el fideicomisso a ellos, y no a los prelegados, habla y procede en caso que se dexassen los tales prelegados por titulo particular de legado, y no de institucion, vt per Fusarium dict. quæst. 650. num. 28. ibi: *Et illa verba in alijs*

autem

autem bonis, arguunt institutionem factam in diuersis à prælegatis. Et num. 23. ibi: *Patet enim testatorem voluisse, ea separare ab institutione, & res legatas voluisse titulo legati, non institutionis assignare*. Corneus consl. 91. col. 3. lib. 1. Peregrin. de fideicõmissis, art. 7. num. 46.

54 ¶ Porque sin embargo de que ex subtilitate iuris, & sumo iure, se contienen vel saltim in habitu los prelegados en la institució, ex notatis à Peregrino vbi supra dict. num. 46. & à Fusar. num. 23. maximè los que de si mismo reciben los herederos, & non per ius accrescendi à cohæredibus, in text. in l. in fideicommissariã 18. §. vltimo, ff. ad Trebelian. ibi: *Si legatum sit hæredi relictum, & rogatus sit portionem hæreditatis restituere, id solum non debere restituere, quod à cohærede accepit, cæterum quod à semet ipso ei relictum est in fideicommissariam cadere Diuus Pius rescripsit*. Donelus lib. 7. commentar. cap. 25. vers. *Prælegatum interdum*, vbi Ossualdus liter. F. & G. Dom. Padilla in dict. l. cum virum, C. de fideicommissis, num. 5. Fusario dict. quæst. 650. nu. 66. in fin. iuncta dict. l. si Titius ex parte 94. ff. de legat. 3.

55 ¶ Toda via, omissa iuris subtilitate, & attenta potius coniecturata mente testatoris, que se colije dela diccion, *in alijs autem bonis*, vel *in cæteris bonis*, dizen se ha de presumir que quiso hazer separacion de vnos y otros bienes, para que lo hereditario que toca por la institucion hecha per verbum, *in alijs autem bonis*, a que solo afirman extenderse el grauamen de fideicomisso, lo lleuen los herederos por titulo vniuersal de herencia, y los prelegados por titulo particular de manda y legado, vt per Peregrinum de fideicommissis, dict. art. 7. num. 46. ibi: *Euidenter colligitur voluisse, separare legata ab institutione, & res legatas titulo legati assignare, ideò in re hac effectus, & testatoris voluntas obseruari debet non iuris subtilitas*. Fusar. d. q. 650. n. 23. vers. *Respondetur secundo*.

Vnde,

56 ¶ Vnde, como quiera que esta opinion y resolucion de que se nos opone, negado que fuesse la mas verdadera, habla en caso que los prelegados se dexan por titulo particular de legado, y no de institucion, y los prelegados, sobre que es este pleyto, no se dexaron por titulo de legado, si no por titulo vniuersal de institucion, vt supra num. 52. cõsequens est, no poderse adaptar esta doctrina al caso de este pleyto, y en los terminos del, que son, de auerse dexado los dichos prelegados por titulo de institucion, es cosa llana y sin disputa estar cõprehendidos en el grauamen de fideicomisso, Fusarius dict. quæst. 650. num. 88. ibi: *Declaratur nono, non procedere quando prælegatum fuit relictum titulo, & iure iestitutionis, quia tunc veniret prælegatum in restitutione fideicommissi.* Et inferius dict. num. 88. ibi: *Et ratio est, quia hæreditarius titulus convenit, & huic prælegato iure institutionis relicto, ideò nimirũ, si in restitutione hæreditatis prælegata continentur.* Peregrinus de fideicommissis dict. art. 7. num. 60. ibi: *Tertiò, per contrarium limita, cum in prælegatis concurreret etiam titulus institutionis.* Et inferius, ibi: *Nam quia hæreditarius titulus in his quoque rebus conveniret, ideò in fideicommisso hæreditatis, in totum continerentur.* Zanch. in dict. l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebelian. num. 447. & 449. & ibi Socin. iun. num. 46. Cephal. cons. 634 num. 4. Honded. cons. 71. num. 27. & 28. Deciano cons. 41. num. 127. volum. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 194. num. 50. & cons. 86. nu. 8. & num. 74. Curtius iunior cons. 13. col. 3. Tusch. liter. P. cõclus. 513. num. 12. Oldraldus cõs. 107. num. 6. vers. *Circa secundum*, in fin.

57 ¶ Præterea, con ser in puncto iuris este fundamento tan solido y firme, y libre de tergiuersaciõ, adhuc, la proposicion de comprehenderse en nuestro caso los prelegados en el fideicomisso es tan clara y euidente por la misma clausula, aun quando no se huuiessen dexado

por titulo vniuersal de institucion, que verdaderamente el dudar de ello parece que es negar la luz del dia, vt per clausulam ibi: *Y esta sucession se entienda que ha de durar hasta los nietos de los dichos mis hermanos, y auiendo sucedido en ellos* [videlicet, en los nietos] *las dichas mandas y herencias, sean señores de ellas en possession y propriedad, para disponer de ellas a su voluntad, sin mas obligacion a sucession ni restitucion, con que no puedan suceder ni sucedan en las dichas mandas, ni parte de ellas en ningun tiempo sus mugeres de los dichos mis hermanos, ni maridos de las dichas mis hermanas (si los tuuieren, aunque sea por muerte de hijos suyos.*

58 Quid clarius, quid firmius, quid validius? Notese lo primero la palabra, *mandas*, que aplicada a herederos, idem est, quod prelegatum, aut præceptio, aut largiori modo legatum, dict. l. si Titius ex parte 94. ff. de legat. 3. l. Lucius 88. §. pluribus, ff. ad Trebelian. y que se repite, no vna, si no dos vezes, ad text. in l. sed sciendum, ff. de ędilit. edict. ibi: *Dubitationis tollendæ gratia bis idem dixisse, ne aliqua dubitatio superesset.* Y que està puesta derechamente a la condicion, & non per modum suppositi, sed per expressam dispositionem, ibi. *Con que no puedan suceder ni sucedan en las dichas mandas ni parte de ellas sus mugeres, &c.* ad supra tradita num. 42. Y assi, supuesto que se dispone expressamente por esta clausula, que hasta los nietos dure esta sucession y llamamientos, y que en sucediendo los nietos en estas mandas sean señores de ellas en possession y propriedad para disponer dellas a su voluntad, sin mas obligacion a sucession, ni restitucion, es euidente el argumento y consequencia de que hasta los nietos, como lo es don Pedro Ladron de Gueuara, nunca huuo propriedad, ni libre disposicion de las dichas mandas, y estar sujetas a sucession y restitucion, & consequenter que no pudo vender la dicha doña Iuliana Ladron de Gueuara la casa sobre

 que

que se litiga, id quod apertè denotat aquella palabra, *hasta los nietos*, quod idem est, que la dicion, *vsque*, que incluye el primero tiempo en el fideicomisso, y exceptua el otro, text. in l. fin. in princip. C. de advocatis diuersorum iudicorum ibi: *Vsque ad biennium*, iunct. glos. ibi: *Quasi dicat, vltra non durat*, l. Patronus, §. Sempronio, ff. de legat. 3. l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inofficios. testam. Barbos. diction. 437. à nu. 1. & per tot. Marca de clausulis, 2. part. claus. 77. à num. 1. Tusch. liter. D. conclus. 291. num. 9. quibus convenit textus in l. Imperator, ff. de postulando, vbi prohibitum ab tempus, dicitur post tempus permissum, Menoch. lib. 4. præsumpt 165. num. 27.

59 ¶ Ex prædictis resulta tambien, que licet regulariter miradas per se, & absque alia dependentia las clausulas anteriores de este testamento, en que estos prelegados se dexauan en propriedad, y para que de ellos pudiessen disponer los prelegatarios a su voluntad, era preciso considerarlos como bienes libres, y no sujetos a fideicomisso, ad tradita per Fusar. de substit. dict. quæst. 650. à num. 45. vsque ad 48. Menoch. lib. 4. præsumpt. 194. num. 19. Peregrin. de fideicommis. dict. art. 7. num. 14.

60 ¶ Toda via esto cessa en los terminos de este pleyto, mediante la clausula posterior del fideicomisso, en que tã clara y euidẽtemente consta auer querido la testadora comprehender los dichos prelegados, ex late hucusque dictis, & infra dicendis, maximè quando es tan constante en derecho el ser licito mudar de voluntad, no solo per aliud posterius testamentum, si no tambien en vn mismo testamento, y no solo (como en nuestro caso) en quanto a las condiciones y grauamen, pero aun absolutamente, y en el todo, §. 1. Instit. de adempt. legator. ibi: *Siue in eodem testamento, siue in codicillys firma erit*, l. si mihi & tibi 12. §. in legatis, ff. de

de legat. 1. ibi; *Quia & mutari causa praecedentis legati, vel in diem, vel in conditionem, vel in totum potest, sed etsi sub alia, & alia conditione ademptum est, nouissima ademptio spectanda est.*

61 ¶ Y no solo por palabras tan claras y expressas como las de este fideicomisso, y clausula posterior; pero aun tacitamente, y por presunciones, l. in ipsius, C. familiæ ercifcundæ ibi: *Licet scriptura non probetur, aliis tamen rationibus docere, nihil impedit.* Et summarium Bartoli, ibi: *Vltima voluntas potest reuocari tacite, vel expresse,* text. in l. si quis cum 16. in princip. ff. de vulgari, & pupil. donde auiendo primero el testador hecho vn legado de vn esclauo en fauor de Ticio, despues en el mismo testamento, y sin mencionar el legado anterior, le da libertad por otra clausula, y dize el texto, ibi: *Liber erit, quasi legato adempto, nam & in legato, & in testamentis, nouissima scriptura spectanda erit.*

62 ¶ De cuya decision sacan los Doctores por conclusion firme, y cierta, que todas las vezes que la clausula y disposicion posterior tiene contradicion con la primera, se induze tacita reuocacion de ella; y como quiera que dos contraditorias no pueden ser simul veras, como es, que en vn mismo tiempo sea Ticio libre y esclauo, vt in dict. l. si mihi & tibi, ò vnos mismos bienes, sujetos a fideicomisso, y libres (vt in nostro casu) aya de preualecer precisamente la clausula posterior, vt per hęc iura resolvit Mantica de coniecturis lib. 12. tit. 1. num. 26. Decius cons. 316. num. 4. tom. 1. ibi; *Et non est nouum, quod in eodem testamento, primo aliquid disponatur, à quo in eodem testamento posteà recedatur, etiã incontinenti, vbi resultat contrarietas,* donde para la proposicion pondera y cita otros muchos textos Menoch. lib. 4. præsumpt. 165. nu. 21. & lib 6. præsumpt. 37. num. 48. Cephal. cons. 52. num. 17. Baldus cons. 284. à num. 2. & per totum, lib. 4. Surd. cons. 524. num. 3. tom. 4.

Dom.

Dom. Castillo lib. 4 controuersiar. cap. 37 nu. 24. ibi: *Secunda coniectura erit, quando aliquis contrarius actus, aduersus illam tam expressam voluntatem gestus est: nam contrario ipso facto præsumitur recessum ab illa prima voluntate*, Azeuedo consi. 1. num. 8. vbi plura ad propositum cumulat cum Simone de Pretis, Alciato, & alijs, idem Mantica dict. lib. 12. tit. 17. num. 19.

63 ¶ Y finalmente, que la mutacion de voluntad se induzga, no solo por expressas palabras de reuocacion, si no por otras que digan contradicion a las primeras, ò por otros medios de conjectura por donde se infiera quedar tacitamente alterada, ò quitada la primera, est textus in §. 1. Instit. de adempt. legator. ibi: *Siue contrarijs verbis fiat ademptio, siue non contrarijs, sed alijs quibuscumque verbis*, vbi Dom. Pichard. num. 39. ibi: *Sufficit enim tacita voluntas, vt opposita exceptione legatũ extinguatur, quam mutatam ex varijs coniecturis censeri potest.* Donelus lib. 8. commentar cap. 17. vers. *Voluntas hæc*, ibi: *Voluntas hæc sic in ademptione valet, vt nihil intersit quomodo declaretur, dum declaretur modo, declaratur autem non solum verbis, sed etiam rebus ipsis, aut factis*, vbi Osualdus in notis, liter. A. Peregrin. de fideicommis. art. 11. num. 29. vbi per textum in l. Titia Seyo, §. Seya libertis, ff. de legat. 2. inquit: *Fideicommissum ex tacita voluntate defuncti resultare, quando dispositio testatoris sic postulat, in necessariam consequentiam expressorum.*

64 ¶ A lo principal de el assumpto corresponde tambien las palabras finales de la clausula, ibi: *Con que ninguno de mis hermanos no tenga obligacion a dar fianças para la restitucion de los dichos bienes contenidos y declarados en este mi testamẽto, mas de que ellos y sus bienes esten obligados a ello.* De forma, que el intẽto de la testadora en estas palabras fue, releuar a los llamados de la obligacion que por disposicion de derecho tenian de dar caucion para seguridad de los sucessores,

l. peto

L. post. 745. fratre, ff. de legat. 3. ibi: *Sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cabere, se familiae demum restituturum.*

65 ¶ Donde, demas de lo generico de la dicha palabra, *bienes* ponderada supra á n. 35. vsque ad 39. comprehensiua, assi de prelegados, como hereditarios, se ha de notar lo vniuersal de aquellas palabras, *contenidos y declarados en este mi testamento*; con las quales no se compadece el pretender, que el fideicomisso se refiera solo a los derechos y acciones que aliás pudiessen pertenecer a la testadora, ni se contentó con poner palabras que comprehendan los bienes de la clausula, en que tambien iustamente se incluyé los prelegados, pues los repitió por cabeça y proemio de ella, antes habla con tal vniuersalidad, que realmente seria contra toda razon, y cõtra lo literal y expresso de las dichas palabras, el querer coartar este fideicomisso a los derechos y acciones, y exceptuar de este grauamen los prelegados.

66 ¶ Ad textum in l. talis scriptura 30. §. fin. de legat. 3. ibi: *Hanc scripturam, non solum ad praecedentia, sed ad vniuersa, quae in testamẽto ad scripta sunt extendi.* Maxime, que la clausula en que se pone el grauamen de fideicomisso comiença desde aquellas palabras: *Item, quiero, y es mi voluntad, que los dichos mis hermanos ayan y lleuen las dichas mandas que assi les mando por este mi testamento, segũ que en el se contiene.* Y assi auiendo puesto por proemio estos prelegados, prosigue continuata scriptura & sermone, y sin partir ni diuidir la clausula a las otras palabras, *y si otros bienes, derechos, y acciones me pertenecieren, &c.* Y a lo demas de el grauamen de fideicomisso. Demodo que estas palabras estan en el medio de la clausula, y no separadas, ni en clausula aparte, vt per eam est videre, y assi el grauamen de fideicomisso puesto a el fin (y mas con palabras tan vniuersales, de quibus supra num. 65.) precisamente se ha de referir

ferir, no solo a lo proximo, si no a todo lo ante-
cedente, l. plures 3 o ff. de reb. dub. ibi: *Continuata scriptura ita cauerat*, idest, vt ibidem interpretatur Accursius, *continuato sermone*, vbi Bartolus deducit pro summario, quod *clausula in fine posita, non refertur solum ad proxima, sed ad omnia a præcedentia continuata scriptura prolata*. Supuesto que todo fue incontinenti, & non ex interuallo, ni con interpolacion de cosas diuersas, que en medio de lo vno y lo otro se pusiessen, ad tradita per glosam in dict. l. plures, verbo, *& hoc amplius*, & in § item lapilli, verbo, *inuenerit*. Instit. de rer. diuis. & que in puncto de clausula continuata, vel separata, cumulat D. D. Ioann. del Castillo lib. 2. controuersiar. cap. 4. num. 126. & 127. Ioan. Garc. regula 412. per tot. Peregrin. de fideicommiss. art. 16. à num. 102. vsque ad 108.

67 ¶ A que se llega, que el argumento ex dict. l. cæterorum, ff. de verbor. significat. de que nos opusimos supra num. 48. por donde la opinion contraria quiere fundar, que por la diccion, in cæteris, seu alijs bonis, puesta en la institucion, censentur exclusa anteriora ad hoc, vt in fideicommisso non comprehendantur, que es la proposicion que se aplica a las palabras de la clausula de este pleyto, ibi: *Y sus otros bienes, derechos, y acciones me pertenecieren*, &c. no es absolutamente cierta, antes el texto in dict. l. cæterorum prueua lo contrario del intento que de ella se quiere inferir, y derechamente su decision assiste en fauor de don Pedro Ladron de Guevara, pues prueua expressamente, que la palabra, in cæteris, o la palabra, residuo, o remaniente, son aptas a comprehender, no solo lo literal y rigurolo de su significacion, si no tambien absolutamente todos los bienes, ibi *Cæterorum, & reliquorum appellatione, etiam omnes continentur*, l. post reliquorum 95. ff. eod. ibi: *Potest reliquorum appellatio, & vniuersos significat*, iuncto Iacobo Cuiacio ibidem, probat etiam textu, in l. cum optio, ff de optione legata,

vt notat in individuo Boerius decis. 280. num. 4. circa finem, Afflictis decis. 285. num. 3. Tuschus lit. R. conclus. 255. num. 9. Boerius consil. 119. num. 13. Alexand. consil. 1?? num. 7. lib. 2.

68 ¶ Deinde etiam certius est, que la testadora no tuuo otros bienes algunos mas de aquellos de que dispuso en los prelegados, que fueron los 1975. ducados que quedaron de resto a la susodicha de los 44550. de la escritura de particion y transacion, otorgada con doña Ysabel de Xerez su hija, quod conuincitur ex sequentibus.

69 ¶ Lo primero, porque no declara otros bienes en su testamento, siendo assi, que su disposicion es nombrando tan por especial, y tan por menudo sus bienes y hazienda, y si los tuuiera no omitiera su declaracion y disposició, ad text. in l. vnica, §. sin autem, C. de caducis tollendis, ibi: *Nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.*

70 ¶ Lo segundo, porque tiempo de año y medio, poco mas o menos, despues de la escritura de transacion y particion, murió la dicha testadora, vt supra num. 2. en cuya cortedad de intermedio de tiempo no es de presumir aumento de hazienda, y mas en vna muger mayor que comia de alimentos que le daua su hija, y que aun del vsufruto de los bienes de su adjudicacion gozaua la dicha su hija, como consta de condicion y pacto expresso de la dicha escritura, y no se ha de presumir aumento, si no es con discurso de tiempo proporcionado, y en personas aptas, e industriosas, vt per Menoch. de præsumpt. lib. 6. cap. 28. à num. 1. Alciatus de præsumpt. regul. 2. præsumpt. 27. num. 4. Paris. consil. 99. num. 54. lib. 3.

71 ¶ Lo tercero, de que como quien no tenia otros bienes començó su testamento haziendo relacion de los que se le adjudicaron, y que tenia mediante la dicha escritura de transacion

cion

cion y particion, y por la misma causa de no tener otros bienes de que aun se pudiesse cumplir su funeral, entierro, y Missas, se puso por condicion en la dicha escritura, que luego que la madre muriesse auia de entregar su hija dozientos y cincuenta ducados para este efecto, y en esta conformidad lo dispone y manda la madre por su testamento, y que los entregue luego que ella fallezca a sus albaceas para el dicho efecto, vt supra num. 5.

72 ¶ Lo quarto, porque auiendo dispuesto en los dichos prelegados de sus bienes y hazienda, y como quien no tenia mas de que disponer, y que auia hecho vn acto perfecto y cabal, cierra su disposicion, vt supra num. 10. con estas palabras, ibi: *Con lo qual acabo de disponer de todos los dichos quatro mil y quinientos ducados que por la dicha particion se me adjudicaron.*

73 ¶ Lo quinto, porque en esta conformidad, quando despues passa a las palabras en que tanto se insiste de contrario, ibi: *Y si otros bienes, derechos, y acciones me pertenecieren, &c.* se ha de notar la palabra, *y si*, que junta con el verbo, *pertenecieren*, de tiempo futuro, denota ser acto condicional, & de re incerta, vt per Barbosam dict. 364. num. 1. & num. 8. qui plura cumulat Menoch. de presumpt. lib. 6 præsumpt. 28. num. 4. y puestas solo ex stilo notariorum, para que el testamento abrace disposicion aun del futuro, ò contingente, por acontecer algunas vezes viuir el testador muchos tiempos y años despues del testamento, y ser tambien contingente el aumento de hazienda; lo qual cessa en este caso, pues como consta de la certificacion del dia de el entierro de la testadora, que està presentado, y de la fecha de su testamento, de quibus supra num. 3. murio la susodicha a los diez dias despues de su otorgamiento: y de qualquier forma, las palabras puestas ex stilo notariorum, vel nihil, vel

art.7.num.44.Pat.Molin.de iustit.& iur.tom.1.disputat.287. num. 16. Thom. Grammat. decis. 61 num.22.

74 ¶ Y assi no parece que cae en razon justificada, ni en buena jurisprudencia, pensar que en estos terminos tuuiesse volūtad la testadora, per prædicta verba; que el grauamen de fideicomisso cayesse tan solamente en los derechos y acciones solo imaginarios, y de tiempo futuro, inciertos, y condicionales; y que vna tan premeditada y acordada, y prolija disposicion, y llamamientos, preuenciones, y circunstancias como constan de la clausula, quedasse todo en el ayre, & super re incerta, & non inesse producta, vt per text. in l. in lege 77 ff. de cōtrahend. empt. ibi: *Nec excipere posse quod non sit*. Et inferius, ibi: *Lapidicinas nullas esse, nisi quæ appareant*; notat in terminis prælegatorum Ioan. Corracius in l. cum virum, C. de fideicommis. num.39. ibi: *Neque enim videtur rogatus, aut grauatus de eo quod nondum erat*. Antes es lo natural el que facilmente non veniant in mentem, ò que a lo menos nō se ponga tāto esfuerço y cuydado en futuros tan contingentes que puede ser que nunca sean; iuxta illud Claudiani relati à glosa in l. cum hij, verbo, *modico præsenti*, ff. de transactionibus, ibi:

Omne futurum despicitur
Suadentque sui præsentia fructus.

75 ¶ Y aunque, donde concurren fundamentos tan grandes como los hasta aqui referidos, para que en fuerça de la dicha clausula de fideicomisso esten comprehendidos en el los prelegados, no era necessario satisfazer a algunas consideraciones que en contrario vltra prædicta se pueden escrupulizar por algunas palabras perfuntorias de la misma clausula, que en la verdad, mirado el todo, y la substancia, imagen de ella, quedan per se convencidas; toda via, para mayor convencimiento, ponderaremos las demas oposiciones que restan, y satisfaremos a ellas.

76 ¶ Podrase, pues, ponderar de contra-

rio, que la repeticion que se haze de los prelegados en la cabeça y proemio de la clausula de fideicomisso, no es simpliciter, & absolutè, si no con la calidad de qua, ibi: *Ayan y cobren las dichas mandas y herencia que assi les mando por este mi testamento, segun que en el se contiene*, donde la palabra, *segun*, se dirà que es relatiua, al modo con que antes los auia dexado, que era en propriedad, vt per Barbosam dict. 358. à n. 1. cum seqq. vbi plura cumulat.

77 ¶ A que se responde, que la dicha palabra, *segun que en el se contiene*, la salvamos con efeto operatiuo de relacion, y sin perjuyzio de la pretension de esta parte, porque se puso en orden a discernir los bienes en que se auia de suceder, ex disparibus partibus, de aquellos en que la sucession auia de ser equis portionibus, en el mismo caso de contingencia de si otros bienes, derechos, y acciones le perteneciessen, porque en estos manda *los ayan y partan sus hermanos por iguales partes, tanto el vno como el otro, y el otro como el otro*. Y los prelegados de las clausulas antecedentes los dexò la testadora ex disparibus partibus, repartiendolos como le pareciò, sin guardar igualdad, y assi obra su efeto la palabra, *segun que en el se contiene*, y se conserva bastantemente la naturaleza del relatiuo; con que el sentido de la dicha palabra, *segun*, sea, *idest, en la cantidad y forma de diuision ex disparibus partibus que antes tengo hecha*; mas no en la calidad de auerlos de lleuar en propriedad, y libres de fideicomisso, supuesto que en quanto a esto consta luego por la dicha clausula el grauarlos, no solo por palabras expressas y vniuersales que comprehenden el todo; pero aun por especiales, e indiuiduas que significan los dichos prelegados, vt supra euidenter est comprobatum por todo el discurso de este informe; maximè ex verbis clausulæ, de quibus supra num. 57. & 64. & circa eorum intelligentiam notatis.

78 ¶ Y aunque la dicha palabra, *segun que en el se contiene*, no conuenga en todo, si no en parte con lo antecedente, basta que vel in minimo

 se

se verifique la relacion ad aliud, quanto y mas en cosa tan substancial como la inteligencia referida, para que asi no se diga superflua la dicha palabra, Dom. D. Ioannes del Castillo lib. 4. controuersiar. cap. 38. num. 27. Honded. cons. 8. num. 71. & cons. 60. num. 72. Cephalus cons. 375. num. 29. lib. 3. Cassanate cons. 4. num. 176.

79 ¶ La misma respuesta tiene otra ponderacion que se puede hazer, de que quando la testadora dispuso, que si otros bienes, derechos, y acciones la pertenecie ssen, los huuiessen y partiessen por iguales partes, añade la particula de qua. 5. ibi; *Demas de los bienes que he declarado en las dichas clausulas*, porque esta adversatiua que corresponde a la diccion, *vltra*, se pone para discernir la sucession de los primeros bienes que dexò ex disparibus portionibus, de los derechos y acciones en que manda sucedan equisportionibus, mas no porque de estas palabras se pueda inferir fundaméto razonable de que quisiesse exceptuar del fideicomisso los prelegados; a que se llega tambien, que en esta clausula hizo mencion la testadora, y recopilò dos diferencias de bienes, vnos ciertos, como son los 41500. ducados de que dispuso en los prelegados, y otros dudosos y contingentes, como son los derechos y acciones, y asi para no confundir lo cierto con lo dudoso, y discernir lo vno de lo otro, vsò de las dichas palabras, mayormente que la diccion, *vltra*, que es lo mismo que la palabra, *demas*, potiori significatione, se entiende antes ser de ampliacion, que de exceptuacion, vt si maritus aliquid vltra dotem legaret vxori, tunc enim etiam dos intelligeretur legata; Stephan. Gratiano discept. forens. cap. 116. nu. 29. Bart. in l. quinta, ff. de dote prælegata, Tusch. liter. D. conclus. 25. num. 5. Angelus cons. 294. num. 5. Bald. cons. 58. in princip. lib. 4.

80 ¶ Quibus conuenit, que la interpretacion e inteligencia de las clausulas no ha de ser truncando y desmembrando las palabras, sino haziendo juyzio de la voluntad por todas juntas, l. si

servi

feruus plurium, §. fin. ibi: *Iunctis his quæ præcedunt, & quæ sequuntur*, ff de legat. 1. l. cum pater §. cum imperfecta, ibi: *Quod præcedit, vel sequitur, ad communionem aßumitur*, ff. de legat. 2. l. vnum ex familia, §. si omissa, ibi: *Et cætera quæ leguntur, an congruant cum his quæ scribi debuerant*, ff. eod. l. Mæuia, ibi: *Ex contextu scripturæ totius testamenti*, ff. de legat. 3. l. fin. ibi: *Et coniuncta scriptura ita cauerat*, ff. de reb. dub. Y assi quando alguna palabra pudiesse ocasionar alguna duda, ha de preualecer el todo de la clausula, que manifiesta ser vniuersal, etiam a los prelegados el fideicomisso, vt ex dictis iuribus loquitur de interpretatione clausularum Dom. Castillo lib. 3. cõtrouersiar. cap. 15. num. 30. & lib. 4. cap. 37. num. 31. & cap. 47. num. 17. & cap. 50. num. 33. Petrus Surdus decis. 288. n. 35. cũ Alciato, Simõ de Prætis, Menoch. & alijs, quos refert & sequitur notat etiam Baldus in l. legatorũ, §. fin. in fin. ff. de legat. 2. D. Francisc. de Leon decis. 93. à num. 24. lib. 1. Gamma decis. 307 num. 4. Mantica de coniecturis lib. 6. tit. 13. n. 5.

81 ¶ Comprobato ergo pro constanti, que la casa sobre que es este pleyto es sujeta a fideicomisso, consequens est no poder tener consistencia la venta y enagenacion que de ellas hizo la dicha doña Iuliana al dicho Racionero, ni la memoria y aniuersario que sobre ellas fundò el dicho Racionero, ad text. in l. si duobus final, §. sed nostra, C. communia de legat. ibi: *Nemo itaque hæres ea, quæ per legatum, vel pure, vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui alijs disposita sunt, vel substitutioni supposita, putet in posterum alienanda, vel hypothecæ titulo assignanda.*

82 ¶ Y no solo procede lo referido en los bienes que puramente, ò debaxo de dia cierto estàn sujetos a fideicomisso, pero aun tambien en los que debaxo de condicion, ò dia incierto, porque sin embargo que interim dum conditionis euẽtus pendet, se sostiene sumo iure la tal enagenaciõ, toda via cumplida la condicion, y llegado el dia cierto de la sucession del siguiente llamado, se reduze a

nula

nula la venta, como si no se huuiesse celebrado, por lo qual el texto in dict. l. si duobus, §. sin autem sub conditione, dize: *Melius quidem faciet, etsi in his casibus caueat ab omni venditione, vel hypotheca.* Y luego prosigue por estas palabras: *Sin autem auaritiæ cupidine propter spem conditionis minimè implendæ ad venditionem prosilierit, sciat cõditione impleta, ab initio causam in irritum reuocari; & sic intelligenda est quasi non scripta, nec penitus fuißet celebrata*, iunctis his quæ ibidem communiter notant DD. & præcipuè Donelus num. 2. ibi: *Sed si conditio legati, aut fideicommissi extiterit, eueniet vt legatarius, aut fideicommissarius rem vendicare poßint, quasi prius nulla venditio præcesißet*, Bald. cons. 118. num. 3. lib. 5. Roland. à Valle cons. 70. num. 79. volum. 3. Alexand. cons. 65. num. 2. lib. 5. Paulus de Castro cons. 247. num. 3. lib. 1.

83 ¶ Quam propositionem concludunt etiam verba eiusdem met textus in dict. §. si subconditione, in fin. ibi: *Fideicommißario omnis licentia pateat rem vendicare, & sibi assignare, nullo obstaculo a detentatoribus oponendo*, l. 10. tit. 26. part. 4. ibi: *Puedelo cobrar non dando ninguna cosa por ello.*

84 ¶ Sin que para este efeto sea necessaria expressa prohibicion de enagenacion, pues esta solo se requiere para que aun en vida de el mismo que enagenò pudiesse el siguiente llamado intentar la restitucion; mas quando, como en nuestro caso, se intenta este remedio despues de la muerte del que enagenò, basta la prohibicion legal subintellecta por la misma naturaleza del fideicomisso, y sus llamamientos, vt cum hac distinctione resoluunt per plura iura Anton. Gom. in l. 40. Tauri, nu. 88. Dom. Anton. de Padilla in Authent. res quæ, C. communia de legat. Zanch. in l. hæredes, §. cum ita, ff. ad Trebel. Peralta in Rubr. ff. de hæredib. instit. num. 114. probat etiam latissimè Dom. Molina lib. 1. de primogen. cap. 16. num. 32. & 33. vbi dicit communem & verissimam opinionem, & competere reiuendicationem successori, vt probat etiam expresse textus in l. 7. tit. 4. part. 5. illic: *Valdria fasta*

aquel dia, e dende en adelante ganaria la possession e señorio de ella el otro á quien nombrasse para auer la; iunctis his quæ cumulat Dom. Præses Couarr. lib. 1. variar. cap. 14. num. 3. vbi inquit competere actionem vtilem in rem, Mieres de maiorat. 3. part. quæst. 9. num. 9. & 11.

85 ¶ Esta proposicion es a todos visos tan segura, que por mucho que contra ella se escrupulice no se hallara cosa releuante que pueda obscurecer su certeza; porque lo mas que en contra se puede ponderar es el texto in l. fin. §. fin. de legat. 2. & in l. quidam, §. fin. ff. ad Trebel. de donde algunos Doctores limitan la regla referida en caso que en el vendedor concurra justa ignorancia del grauamen de fideicomisso, ad tradita per Fusarium de substitut. quæst. 556. per tot. Peregrin. de fideicommissis, art. 40. num. 38. & 39.

86 ¶ Sed facile respondetur, que tal excepcion de ignorancia no se ha deduzido; y esta, aun en los casos que se admite, no solo es necessario deduzirla, pero tambien deue prouarse por aquel que la alega, y pretende, Fusar. de substit. dict. quæst. 556. num. 27. Petra de fideicommis. quæst. 14. num. 310. Dec. cons. 236. num. 8. Randens. cons. 24. num. 135. lib. 2.

87 ¶ Pero en los terminos de este pleyto, aun quando se deduxesse vendria a ser cosa ridicula, y sin fundamento, por quanto el titulo que para esta casa tuuo la vendedora fue el testamento de la dicha doña Beatriz su hermana; y supuesto que en este testamento en que se hizo el prelegado de esta casa està tambien el grauamen de fideicomisso de ella, no permite la buena fee, ni la razon, el pretender ignorancia de la calidad y grauamen que contiene su mismo titulo y testamento en cuya virtud ella estaua posseyendo, ni tal presume el derecho, si no lo contrario, vt ex text. in l. sed etsi de sua 34. ff. de adquirend. hæredit. ibi: *De testamento certus est*, resoluit latissime Fusar. quæst. 595. per totam, maxime num. 34. vbi plurimos refert, & inquit, omnes vno

ore

ore scribere præsumi scientiam fideicommissi in hærede grauato, Mascardo de probation. conclus. 730 num. 4. Peregrin. de fideicommis. art. 52. num. 104. Fachineo lib. 6. controuersiar. cap. 48.

88 ¶ Maximè quando aun en la escritura de venta, otorgada a fauor del dicho Racionero, haze relacion la vendedora de que el pertenecer a la susodicha esta casa fue por el testamento de la dicha doña Beatriz su hermana; con que este mismo hecho excluye la ignorancia; no solo de la vendedora, si no tambien del comprador, que con esta propuesta investigò; ò deuiò investigar el dicho titulo, y testamento, y calidades del; l. si auia in fine, C. de ingenuis, & manumissis; l. si duo 38. ff. de adquirēd. hæredit. vbi sciens equiparatur illi qui scire potuit, illic: *Qui enim scit, aut scire potuit*; vt notat Dom. D. Ioannes de Larrea decis. 55. num. 15. Menoch. lib. 3. præsumpt. 88. per tot. Zephal. cons. 218. num. 15. Monald. cons. 6. num. 12. & 13. optimè Giurba decis. 79. num. 4. & 5. Acosta de priuilegijs creditor. regul. 1. ampliat. 3. num. 43. vers. *Hæc autem ignorantiam*; donde en terminos de fideicomisso funda la proposició per prædicta iura.

89 ¶ Demas que la conclusion de que la ignorancia de el fideicomisso sane la nulidad en la enagenacion, se entiende quando vterque venditor & emptor ignorant, porque si qualquiera dellos tuuiesse ciencia del grauamen; seria absolutamente nula la venta y enagenacion; vt per Fusarium dict. quæst. 558. num. 1. vbi infinitos cumulat, & num. 2. refutat contrariam, resolvit etiam Tusch. liter. F. conclus. 283. num. 104. & 106. Osasco decis. 73. à nu. 1. & per tot. Dom. Padilla in Authent. res quæ, nu. 3. & 4. C. communia de legat. Con que en qualquier acontecimiento para excluyr esta excepcion le basta a esta parte el no ser dudable la ciencia de este grauamen en la vendedora; sin embargo de que tambien en el comprador fue y deuiò ser harto notoria, ex supra notatis.

90 ¶ Y si se nos opusiesse, quod etiam data;

data, & supposita scientia testamenti, & omnis eius tenoris, se compadece ignorancia en la misma duda del punto de derecho de la clausula, vt tentabit Paul. de Castro cons. 236. num. fin. lib. 2. Se responde, que lo contrario es mas cierto y seguro, cum ignorantia facti noniuris excuset, cap. ignorantia de regul. iur. in 6. l. lata culpa, ff. de verbor. significat. Surd. cons. 374. num. 20. Menoch. lib. 6. præsumpt. 23. à num. 10. vbi num. 20. resolvit nec in muliere, neque in rustico presumi ignorantiam iuris quando tractant de lucro captando, vt in præsenti. Y quando pudiesse admitirse tal ignorancia, esset in casu quo probaretur consulvisse iuris peritos, & ei dedisse responsum, quod non extaret fideicommissum, & quod posset libere alienare, vt notat Fusar. dict. quæst. 556. num. 4. vers. *Et sufficeret*, Tusch. litera F. conclus. 283. num. 120. Paul. de Castro dict. cons. 236. lib. 2. quę omnia quantum distent à nostro casu per se patet, en que no solo no ay prueua de esto, pero ni alegacion ni articulo en los autos.

91 ¶ Demas que el admitirse excepcion de ignorancia procede solo quando el fideicomisso es vniuersal, no empero quando como en nuestro caso se dexa esta casa por via de prelegado particular, tùnc enim quando res particulariter fuit legata, & fideicommisso supposita limitatur dispositio legis finalis, §. fin. de legat. 2. vt nec prætextu ignorantiæ posit alienari, vt sunt iura formalia, textus in l. servum 11. ff. de manumis. l. generaliter, ff. qui & à quibus, l. servo legato, §. 1. ff. de legat. 1. vbi habetur quod servus particulariter legatus sub conditione, non potest manumitti, & tamen contrariũ deciditur quando venit in restitutione vniuersali, ex l. quidam ita, §. vltimo, ff ad Trebelian. per quæ iura ita resolvit Fusar. dict. quæst. 556. num. 77. ibi: *Limitatur in fideicommisso particulari, nam tunc res fideicommisso subiecta poterit revendicari, non obstante quod sit facta alienatio ab ignorante ignoranti*; dicit communem Hieronym. Gabriel cons. 118. num. 2. ad medium, lib. 2. Menoch. cons. 44. num. 18. lib. 1

Bertrand.

Bertrand.conf. 6.num.6.lib.4. Cachetano decis.73. Pedem. num. 4. cum alijs quam plurimis quos isti referunt.

92 ¶ La misma limitacion corre tambien quando, como en nuestro, se dexa el fideicomisso a la familia, por reputarse que los llamamiẽtos de ella tienen vez de expressa prohibicion de enagenacion, en que no aprouecha la ignorancia, Surd. conf.443. num. 54. & 55. ad quod inquit esse expressum textum in l. Imperator, ff. de fideicommis. Fusar. dict. quæst. 556. num. 25.

93 ¶ Præterea, la ley final, §. fin. de legat. 2. habla en caso que la ignorancia del legatario prouiene ex facto ipsius testatoris, como sucediò en aquella especie, en que por los codicilos el testador grauò a su muger con fideicomisso vn fundo que por el testamento la auia legado libremente, y mãdò que los tales codicilos no se abriessen hasta despues de la muerte de la dicha su muger: demas que por hecho del mismo testador se hallò impossibilitada de saber el grauamen; que son los terminos en que los Doctores entienden esta proposicion, vt per Bald. in Authent. res quæ, num. 1. vers. *Ego ado*, C. de fideicommis. Cumano in dict. l. Marcellus, §. res quæ, ff. ad Trebelian. Campecio de dote, 5. part. quæst. 18. num. 3. vers. *Falit in vno casu.*

94 ¶ Toda via en tales terminos, vix est, que no huuiesse tacita permission de que la muger pudiesse enagenar en vida, dexando limitado el fideicomisso ad illum casum, nempè si quedasse el fundo por bienes de la tal muger por su fin y muerte, sin auerlo enagenado: argum. text. in Authent. contra eum rogatus, C. ad Trebelian. ibi: *Quod ex hæreditate superererit restituat*, donde, ex his verbis, se entiende dada tacita licencia de enagenar, y se verifica el fideicomisso en lo que quedare, con tal, que siempre se reserve la quarta ad fideicomissario, que es texto que reforma la disposicion anterior de la ley Titius, ff. ad Trebelian. iunctà intelligentia Anton. Gom. tom. 1. variar. cap. 5. num. 16.

 Vnde

95 ¶ Vnde infertur, que tampoco pue de prejudicar otra question que suscitan los Doctores mouidos del fundamento y razon de los textos referidos supra numero proximo, de que se compadezca dexar fideicomisso, y por otra parte licencia de enagenar, a que llaman fideicomisso limitado; videlicet, si el heredero al tiempo de la muerte no lo huuiere enagenado, que son los terminos en que hablan Menoch. de præsumpt lib. 4. præsumpt. 188. à num. 5. Fontanel. de pact. nupt. clausul. 4. glos. 26. num. 2. & 3. qui refert Ludouicum Mototo respons. 4. à num. 4. vbi latè disputat, quibus iungendus est Iason cons. 232. num. 4. volum. 2.

96 ¶ Porque todos estos Autores, vt per eos est videre, hablan en terminos de quando el suuesto real del fideicomisso se dexa con calidad de expressa licencia de enagenar los bienes del tal fideicomisso, tunc enim propter duas, claras, & expressas contrarias voluntates sustinetur fideicommissum in casu possibili, & terminus habilibus, videlicèt, si al tiempo de la muerte del grauado no se hallare enagenada la cosa sujeta a el fideicomisso, quod longe abest à nostro casu, en que sin embargo que en la clausula primera dixesse la testadora, que dexaua a sus hermanas estos prelegados en possession y propriedad, despues en la clausula final y posterior lo graua todo con fideicomisso tan prolijo, y acordado, y con tantos llamamientos y circunstancias que no se compadece tal licencia de enagenar, antes quedò reuocado todo lo primero con topa claridad, maximè auiendo en la dicha clausula posterior palabras tan expressas, de quibus supra num. 12. ibi: *E auiendo sucedido los nietos de los dichos mis hermanos en las dichas mandas, sean señores de ellas en possession y propriedad para disponer de ellas a su voluntad, sin mas obligacion a sucession, ni restitucion.* Ergo hasta los nietos siempre permanece obligacion efectiua de restitucion, y no ay propriedad en nadie, ni la huuo en la vendedora destas casas, ni facultad ni permission de enagenacion, vt supra num. 57. & 58.

58. Con que sin genero de duda se convence no ser del punto de este pleyto la resolucion de los Doctores arriba citados.

97 ¶ Pro complemento materiæ se advierte tambien, que no es de fundamento la excepcion de prescripcion de que se vale el dicho Cabildo de la Santa Iglesia, porque en bienes de fideicomisso, ò mayorazgo no se admite prescripcion absoluta contra los sucessores, si no es siendo de tiempo inmemorial, que no la ay, ni se pretende en nuestro caso, vt per Dom. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 10. num. 10. Mieres de maiorat. 2. tom. 4. part. quæst. 21. à num. 46. Dom. D. Ioannes del Castillo tom. 5. controuersiarum, cap. 93. §. 8. num. 47. & plures alij citati ab Additionatoribus ad Dom. Molinam, vbi proximè, donde tambien se comprueua, y resuelve, que en bienes de este genero no procede la regla de que la quadragenaria prescripcion con titulo equiualga a la prescripcion inmemorial.

98 ¶ Y aunque ay opinion, de que in bonis fideicommissi & maioratus se admite la prescripcion 30. vel 40. annorum, esto se entiende para que proceda tan solamente pro tunc contra possessorem actualem, contra quem capta, & impleta est; non tamen contra alios sucessores, seu aliquem ex eis, Dom. Molin. dict. lib. 4. de primogen. cap. 10. num. 3. don Francisc. Hieronymus de Leon decis. 173. à num. 249. Matienço in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recopilat. glos. 5. num. 25. Fusario de substit. quæst. 528. num. 6. & 7. Y assi, quidquid sit, que el Racionero Benito Ramirez comprasse esta casa por el año de 612. como quiera que don Pedro Ladron de Gueuara es menor, contra quien no ha podido començar prescripcion por su menor edad, y menos cabe en ella el complemento de treynta ni quarenta años, consequens est no poderle obstar ni prejudicar el curso de el tiempo de la possession contraria.

De mas

99 ¶ Demas que aunque la huuiera fue con mala fee la compreda que hizo el dicho Racionero, y con noticia de que esta casa era sujeta â fidei comisso, en que no tuuo ni pudo pretender ignorancia, ex supra latè comprobatis à num.

100 ¶ Ex quibus hucusque repetitis, parece llana y clara la justicia del dicho don Pedro Ladron de Gueuara, y assi esperamos se ha de determinar en su fauor. Salva in omnibus D. S. C. &c.

L. D. Iuan Ortiz de Zarate.